

共同正犯論における行為帰属説の展開

Die Entwicklung der Lehre von der Tätigkeitsanrechnung
in der Mittäterschafts-Debatte

阿 部 力 也

1 本稿の目的

共同正犯論に横たわる問題として、まず指摘されなければならないことは、「各関与者が自身の行為寄与を超えて全体的な犯罪行為から生じた結果を帰属させられることの根拠は何か」、この点であろう。いいかえれば、「一部実行の全部責任の原則」として把握される共同正犯の「帰属原理」は、なぜこのような形で認められるのだろうか、という問題点の指摘とそれに一定の回答を導くことこそが、共同正犯論におけるさまざまな解釈論上の諸問題を検討するうえでも重要な手掛かりを与えてくれると解されるのである。

この点につき、ドイツにおいて強く主張される「(相互的) 行為帰属説」(行為帰属の理論)は、とくに各関与者に他の関与者の行為が帰属させられる根拠を明らかにすることで、「共同正犯の構造」を具体的に説明するという理論的な志向性を示していると思われる。そして、共同正犯の実行の着手時期を確定する場合に、関与者のうちの1名に実行の着手が認められれば、ただちに全関

与者に未遂の成立を認める「全体的解決説」は⁽¹⁾、この行為帰属説をその重要な根拠として展開されてきたと評価できるのである。たとえば、クラックは、BGHによっても主張されているこの立場に従うならば、(ドイツ刑法)25条2項から導かれ、既遂犯の場合には一般に承認されてきた原理、すなわち全関与者には各行為寄与が帰属させられるべきであるとする相互的帰属の原理が未遂犯の場合にも妥当することになると指摘している⁽²⁾。もちろんこのような態度決定には、共同正犯の実行の着手時期は関与者ごと個別的に確定されると考える「個別的解決説」に依拠する立場から⁽³⁾、行為帰属の考え方は25条2項の

(1) 判例としては、BGHSt. 11,698; BGHSt. 37,289; BGHSt. 39,236; BGHSt. 40,299などを挙げることができ、学説において全体的解決説を採用する代表的な見解として、Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, AT, 10. Aufl., 1995, 29/104; Buser, Zurechnungsfragen beim mittäterschaftlichen Versuch, 1998, S. 83; Denker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 191ff; Ingelfinger, Schein-Mittäter und Versuchsbeginn, JZ 1995, S. 704, 712; Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1991, 21/61; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, S. 681; Krack, Der Versuchsbeginn bei Mittäterschaft und mittelbaren Täterschaft, ZStW 110 (1998), S. 611ff; Kühl, Strafrecht, AT, 3. Aufl., 2005, S. 633; Küper, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, 1978, S. 53f; Küpper, Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, GA 1986, S. 437, 446f; Lackner/Kühl, StGB, 26. Aufl., 2007, §22 Rn. 9; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband 2, 7. Aufl., 1987, 49/58; Otto, Grundkurs Strafrecht, AT, 7. Aufl., 2004, 21/125; Schönke/Schröder/Cramer/Heine, StGB, 27. Aufl., 2006, §25 Rn. 61; Stoffers, Mittäterschaft und Versuchsbeginn, MDR 1989, S. 208, 213; Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, AT, 5. Aufl., 2004, 12/107; Tröndle/Fischer, StGB, 54. Aufl., 2007, §22 Rn. 21; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 191; Wessels/Beulke, Strafrecht, AT, 37. Aufl., 2007, Rn. 611などを挙げるができる。

(2) Krack, a.a.O. (Fn.1), S. 611.

(3) 個別的解決説を採用する見解として、Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 266ff; Kratzsch, Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§22 StGB), JA 1983, S. 578, 587; Roxin, Zur Mittäterschaft beim Versuch, in; Festschrift für Odersky, 1996, S. 489ff; ders., Strafrecht, AT, Band II, 2003, 29/297ff; Rudolphi, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, in; Festschrift für Bockelmann, 1979, S. 369, 383ff; Schilling, Der Verbrechenversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, 1975, S. 112ff; Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 318f; Valdágua, Versuchsbeginn des Mittäters bei den Herrschaftssdeliktes, ZStW 98 (1986), S. 839, 872ffなどを挙げるができる。

規定からは明解であり、かつ正しいことではあるが、実行のある一定段階において誰が共同正犯者となるのかということは、行為帰属説から当然に引き出されるわけではないとの批判がロクシンによってなされている⁽⁴⁾。

このような両説の対立は、共同正犯の実行の着手時期を検討するうえで重要な視点を提供してくれると思われるし、実行の着手時期を検討することをつうじて⁽⁵⁾、一部実行の全部責任の原則をその特徴とする共同正犯の構造を理解するうえでも有益であると考え、本稿においては、とりあえず行為帰属説に基礎付けられた全体的解決説を検討し、そこでの知見をふまえて、行為帰属説が共同正犯の構造を解明していくうえでどのような意義を有するのか、この点に留意しつつ記述を進めていきたいと考えている。

2 行為帰属説（行為帰属の理論）について

キューパーによれば、行為帰属説とは、共同者が共同して仲間全員の行為寄与から形成される犯罪行為——全体行為——を力を合わせて一緒に行うという観念ないしイメージ（Vorstellung）にその基礎を置く見解であるとされる⁽⁶⁾。

(4) Roxin, a.a.O. (Fn. 3), S. 494; auch vgl. Bloy, a.a.O. (Fn. 3), S. 266.

(5) この問題を扱う文献として、園田寿「共同正犯の正犯性序説（I）（2・完）」『関西大学法学論集』29巻1号（昭54年・1979年）93頁以下、29巻3号（昭54年・1979年）45頁以下、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（昭63年・1986年）325頁以下、鈴木彰雄「共同正犯の未遂」『法学新報』96巻1・2号（平元年・1989年）215頁以下、塩見淳「共同正犯における実行の着手」『法律論叢』162巻1～6号（平20年・2008年）108頁以下、岩間康夫「共同正犯の誤想について——その可罰性に関するドイツの議論を素材に——」『法経論集（愛知大学）』177号（平20年・2008年）125頁以下、とくに143頁以下。さらに拙稿「共同正犯の未遂と共同正犯の構造——クラックの見解を手掛かりとして——」『明治大学社会科学研究所紀要』39巻2号（平13年・2001年）351頁以下、また誤想された共同正犯の問題と共同正犯の実行の着手時期については、拙稿「見かけ上の共同正犯について——共同正犯の帰属の限界——」『情報コミュニケーション学研究（明治大学）』創刊号（平17年・2005年）136頁以下、とくに163頁以下を参照されたい。

(6) Küper, Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tatbeteiligten, JZ 1979, S. 775, 776. なおキューパーは全体的解決説と行為帰属説との連関性を明解に指摘した論者の1人である。キューパーによれば全体的解決説は「全体行為に関係する帰属原理」に基づくとされている, Küper, a.a.O., S. 778.

そして、この見解に基づけば、仲間の一部による未遂行為であっても、「集団的意思の客観化」(Objektivierung des kollektiven Willens)として、共同計画ないし共同された構想の部分的実現ということになり、未遂行為でも関与者全員に帰属させられることになる。ここに行爲帰属説と全体的解決説との連関性を如実に見て取ることになる。つまり、個別的な寄与が全体行為に集約されるということを前提として、全体行為の各関与者への帰属が認められるのであり、この見解による限り、部分行為は単なるそれ自体として特徴付けられるのではなく、あくまでも、いわば「全体行為の一こま」として把握されることになる。そして、その理論上の帰結として全体的解決説が主張されていると見ることができる。

共同正犯の帰属を検討する場合に、このような全体行為を前提として各関与者への帰属を考えていく立場に依拠すると、要件として重要と解されるのは、「共同の行為決意」、あるいは各関与者の役割ないし任務の分担を確定することになる「全体計画」である。キューパーによれば、行為決意あるいは全体計画というものが、個々の関与者の活動ないし行動に対する全関与者の責任の根拠、すなわち帰属の根拠であるとされている⁽⁷⁾。当然、このような立場に依拠するとすれば、各関与者の個別的行為がいまだ予備的行為なのか、あるいはすでに全体行為の未遂的行為なのかという問題、すなわち実行の着手を認めるべき段階に到達したか否かの問題も、予備と未遂とを分かちメルクマールとして、共同の行為計画あるいは共同の行為決意という主観的な要素を検討することによって確定されることになるといえる⁽⁸⁾。

それでは全体行為という視点は、実行の着手を検討するうえでどの程度の重要性を有しているのだろうか。この点について、ブーザーは、①関与者によって調達された行為寄与が予備的行為にとどまるものなのか、あるいは未遂段階に到達した実行行為なのかを確定するために全体行為を考えることには一定の意義がある、②共同正犯と幫助犯とを区別するための根拠を作り出し、あわせ

(7) Küper, a.a.O. (Fn. 6), S. 776.

(8) Vgl. Küper, a.a.O. (Fn. 6), S. 776.

て個別的行为を遂行した各関与者に対する帰属を考えるための重要な基準を提供すると理解している⁽⁹⁾。

行為帰属説に裏打ちされた全体的解決説からキューパーは次のように指摘した、すなわち、計画され、かつ部分的には行為寄与として実現された「集団的な遂行」(Kollektivleistung)という視点からは、かりにドイツ刑法 22 条(未遂犯規定—執筆注)の要求を充足していないように思われても、各関与者の共働は未遂という性格を獲得する。つまり 22 条は 25 条 2 項(共同正犯規定—執筆注)との関連において読み解かれなければならないので、「共同行為」(gemeinschaftliche Tat)という観念ないしイメージに従って、他の共同者と構成要件を「一緒に実現する」ことに着手した者には未遂を認めてよいとの指摘である⁽¹⁰⁾。

このような見解は、22 条の規定が通常は単独の行為者を念頭に置いて規定されていることと、複数の関与者を念頭に置く共同正犯規定をどのように調整するのかという重要な問題を提起する。たしかに、22 条は行為者自身が行為を実行する場合を想定することになるが、共同正犯の場合も犯罪的行為である以上、当然に実行の着手時期が問題になるわけであるから、共同正犯規定と未遂犯規定との整合性が問題とされざるを得ないのである。また、そうであれば概略次のようにも指摘できると思う、すなわち、22 条の規定に、いわば素直に従うのが個別解決説であり、22 条を 25 条 2 項に依拠して修正して、まずは各関与者による行為寄与が共同正犯として遂行されることを出発点としてから、実行の着手時期を確定するのが全体的解決説であると。この点について、全体的解決説の論拠(キューパー説)に従うと次のように指摘される、すなわち、全体責任を基礎付ける共同正犯的行為の未遂の性質は、単独正犯の個別未遂のように確定されるわけではない。もし単独正犯のように確定されるとすれば、個々の関与者には「独自の、個別的な構成要件充足に向けた意思」というものが前提とされることになる。しかし、直接的に犯罪を実現する行為を自身が行

(9) Buser, a.a.O. (Fn. 1), S. 31; vgl. Küper, a.a.O. (Fn. 1), S. 17.

(10) Vgl. Küper, a.a.O. (Fn. 1), S. 22.

わないで、他者の答責的行為にそれを委ね、その実効的寄与をつうじて共同しようとする仲間、あるいは構成要件を力を合わせるだけで完成できると確信していた者、このようなパターンの犯罪参加者も想定できる。そうであれば、なおさらこのような者には構成要件充足の直接的な意思というものに欠けているのではないか。それゆえ、犯罪行為を未遂段階に導いたそれぞれの関与者の個別的行為は、仲間の全体によって実現されるべき「共同行為の開始」として把握できる場合には、それを理由として、まさしく未遂として評価されるべきであると⁽¹¹⁾。つまり、この見解においては、個別的な行為であっても、共同の犯罪計画の共同実現に向けた意思に支えられ、その実行の着手が全体行為に密接に関連していると考えられる場合には、やはり全体的に実行の着手を認めることが可能であると指摘されているわけである。

このような見解には、かかるパターンならば幫助としても十分に可罰性を評価できるとか、やはり個別的に評価することで共同正犯の未遂を確定すべきであるといった批判が予想されるが（個別的解決説に依拠して）⁽¹²⁾、逆にそうであればこそ、共同正犯と幫助犯との区別基準の定立が重要になる。その基準を前提として、ある一定の場合が共同正犯の成立する場合として確定され、その未遂はあくまでも共同正犯の未遂でなければならない。ブーザーの指摘②はこのことに関連する。

全体行為を考えることのメリットは、さらに関与者の個別的な未遂行為が同時に犯罪計画の部分的な実現として把握されることで、関与者全体に当該行為を帰属させる根拠を提供することにあるとの指摘がある⁽¹³⁾。部分的に遂行され

(11) Vgl. Küper, a.a.O. (Fn. 1), S. 21-2. なおインゲルフィンガーによれば、キューパーが全体的解決説を行為帰属原理で基礎付けたことを適切であるとする、Ingelfinger, a.a.O. (Fn. 1), S. 705.

(12) 個別的解決説によれば、個別的行為という視点を徹底する限りで、自身がまだなお実行の着手に至っていない関与者の場合、あるいは予備段階での行為遂行としてしか評価できない関与者の場合には、幫助犯あるいは（ドイツ刑法の）重罪の協定での処罰のみが妥当するとの立場に帰結する、前掲注(3)の諸文献を参照。

(13) Vgl. Küper, a.a.O. (Fn. 1), S. 17.

た行為が、どのような思考から関与者全体に帰属させられるのか、このことは共同正犯において本来的に問題とされる点であるが、未遂が問題になる場合には、既遂であった場合以上に、この問題への回答が重視されることになる。とくに、一部の関与者には実行行為の直接的な遂行が認められ、それ以外の者には認められない場合、このような場合であっても、なお関与者全体に共同正犯の未遂を認めることができるのか否か、このことをめぐり、全体的解決説と個別的解決説は争われている。それゆえ、①全体行為を考えると、②それを前提に帰属の根拠を明確化すること、この構想それ自体を認めるか否かが両説のどちらを採用するのかという態度決定に影響を及ぼすことになる。

他者の個別的行為を帰属させられるべき者が「未遂の共同正犯者として」なのか、単なる「幫助者として」なのかということに関しては、全体的解決説の基本思想に従って、共同の行為計画のなかで引き受けられた役割に従って決定されることであり、実際に遂行された寄与の性質に従って決定されるわけではない。各関与者の着手行為は各共同者に帰属させられるのであるから、未遂の共同正犯者は自身で行為寄与を遂行していたということを要しない⁽¹⁴⁾。このようにキューパーが主張するとき、全体行為を構想することと全体的解決説は強い結び付きをもって展開されることになる。つまり、全員が実際には個別的に何らの行為に及んでいなかったとしても、計画において割り振られた「予定」を主眼に、各人の果たすべき役割から全体的に着手時期を認める根拠が、全体行為を前提とすることに求められているわけである。しかし、全体的解決説が全体行為を構想すること、およびそれを前提とした行為帰属説をふまえて考察すること、この間に理論上の必然性はあるのだろうか。さらなる検討を要することではある。

再度確認しておきたい。(キューパーに従った)行為帰属説からは、共同者の全員が行為寄与によって形成される犯罪行為を一緒に力を合わせて遂行するという観念ないしイメージをその基礎とし、共同者全員は未遂の場合でも既遂

(14) Küper, a.a.O. (Fn. 1), S. 17.

の場合でもこの全体行為に対し責任を負うのであり、それゆえ実行の着手時期も全体行為に従って確定されることになる。プーザーは、このような見解においては、どのような基準で個別的な関与者の行動を1つにまとめ上げることができるのか、この点に関して、行動の客観的側面ないし外観を重視するのか、あるいは共同の行為決意を重視するのか、このことの分析・検討が必要になると指摘する⁽¹⁵⁾。「全体行為が成立した」という状態は、どのような視点から導かれるのかを考えるうえで上記の指摘はたしかに重要である。というのは、犯罪そのものを客観的に生じた形態からのみで評価することは、かならずしも当該行為に対する正確な評価を導くものではないからである。たとえば、暴行・脅迫と財物奪取が連続して遂行されたという外観だけでストレートに強盗という評価はできないはずである。そうであるならば、実行の着手時期も、行為計画あるいは行為決意といった行為者の主観的側面に従わなければ確定できないのではないか。行為計画（いい方を変えと、各関与者によって交わされるものとしての全体計画）あるいは行為決意を前提とした客観的寄与の意義を検討しなければ、共同正犯としての寄与であったのか、あるいはそうではなかったのか、この点の評価ができないと解されるのである⁽¹⁶⁾。

では、客観的側面ないし外観のみでは全体行為を確認できないとすると、考慮されるべきは共同の行為計画・決意という視点である。とくに行為帰属説の定義付けを考えると、このことはより一層明瞭になる。すなわち、「いっしょに力を合わせて」という意味での、心理的な共同を基礎付ける契機としての主観的要素の重要性という視点、いいかえと、共同正犯として帰属させる根拠としての共同の行為計画・行為決意という視点である⁽¹⁷⁾。ただし、このような

(15) Buser, a.a.O. (Fn. 1), S. 35.

(16) Vgl. Ingelfinger, a.a.O. (Fn. 1), S. 710.

(17) キュッパーによれば、行為決意の共同を前提に成立した「計画共同体」(Plan-gemeinschaft)は、各関与者が行為計画の対等な共同担当者であることを明らかにするとされ、Küpper, Der gemeinsame Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, ZStW 105 (1993), S. 295, 301. インゲルフィンガーは、あらゆる共同正犯の帰属の前提は共同の行為決意であると指摘する、Ingelfinger, a.a.O. (Fn. 1), S. 714.

形で主観的要件を強調する場合、共同正犯において、これを心理的な因果性を基礎付ける契機として理解する考え方もあり得ようが⁽¹⁸⁾、共同正犯をあくまでも「正犯として構想する」とすれば、共同正犯を因果共犯論的に理解する⁽¹⁹⁾必然性もないと考えられるのであり、主観的要件の必要性は因果性を基礎付けるのではなく、あくまでも各関与者による行為寄与の関係性を正犯として論証し、全体行為から生じた結果をそれぞれに帰属させるための根拠付けのために強調されることになるのではないか⁽²⁰⁾。この点について、内海朋子准教授は、「幫助犯の行為不法の内容を念頭においているかのような、意思連絡を通じて正犯行為を促進し結果的に正犯結果をも促進するという「心理的因果性」の定義が共同正犯にも妥当するのかが疑問となってくる」と指摘され、因果性のみを共犯の帰責で考慮する学説においては、「意思連絡の有する各人の行為統合機能」を無視ないし軽視することで、物理的因果性・心理的因果性という2種

(18) 意思連絡を「心理的因果性」に解消することによって共同正犯の帰責原理を説明しようとする見解は、心理的因果性を①意思連絡により相手側に対しその行為の遂行に影響を与えて「結果発生の一助性」を高めたこと、②正犯の「犯意（故意）」を強化したことにより正犯行為を促進し、ひいては結果発生を促進したこと、と理解しているとの重要な指摘として、内海朋子「共同正犯における〈意思連絡〉の意義について(1)」『亜細亜法学』39巻2号（平17年・2005年）91頁以下、106頁参照。

(19) 紙幅の関係上、代表的な見解として、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（昭50年・1975年）380-1頁。

(20) インゲルフィンガーによれば、共同の行為決意は各共同正犯者に対して「相互的な動機付け」の基盤を形成する。行為計画は自身の行為寄与を遂行するにあたって、その動機付けに影響する各共犯者の個別的な仲間の依存性を作り出すのであり、その基礎にあるのが「不法の協定」（Unrechtsvereinbarung）である。それゆえ、共同正犯者それぞれは、共同の行為決意と共同正犯的寄与に存在する「機能的な依存性」に基づき、そのときどきの他者関与者による行動の動機付けに「相互的な影響」を有しているとされる、Ingelfinger, a.a.O. (Fn. 1), S. 708-9. なおインゲルフィンガーの見解、およびその立場からする共同正犯の未遂に関する問題と、その応用的な問題である「見かけ上の・誤想された共同正犯」をめぐる問題については、拙稿・前掲注(5)136頁以下を参照されたい。

の帰責基準を設定しているため帰責原理の統一性が欠如すると述べられる⁽²¹⁾。共同正犯の正犯的理解から意思連絡の機能を検討・考察するとすれば、きわめて示唆的な見解であると思われる⁽²²⁾。

また、次のような批判も予想されるし、その批判は、どのような立場に依拠するとしても、「共同正犯の帰属」を考えるうえで重要な示唆を含んでいると思われるので、その批判を詳細に検討しておこう⁽²³⁾。

個別的解決説に依拠する論者によれば（ここでは主としてシリング説）、以下の理由から共同の行為決意から全体行為を構想することを否定すべきであるとされる。すなわち、①個々の関与者は行為を個別的に実行していなければならない。共同を根拠にただ分担しただけでは共同正犯者としての可罰性に十分ではない。このことは「単独正犯者たり得る者でなければ共同正犯者たり得ない」という点から明瞭であって、共同正犯者として処罰するためには関与者は

(21) 内海・前掲注(18) 106 頁以下。私も共同正犯を正犯と理解する限り、内海准教授のような指摘を妥当と考える。また島田総一郎准教授は、教唆・幫助については、心理的因果性と物理的因果性を同視しておきながら、共同正犯になるとなぜ前者のみを特別視するのか、その理由は明確ではない、また心理的因果性と意思連絡とが、かならずしも一致するとは限らないと鋭く指摘される、島田総一郎「間接正犯と共同正犯」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集』第1巻（平18年・2006年）445頁以下、とくに461頁を参照。しかし前掲・内海論文においても詳細に学説がフォローされているが、このような見解に対して、わが国においては、正犯であるとしつつ心理的因果性を強調する見解が有力に展開されている。たとえば、井田良教授は、共同正犯の正犯性を「機能的行為支配」に求めつつ、共同正犯の共犯性の説明として、共同正犯の因果性とは心理的因果関係を本質とし、物理的因果関係は付加的に存在し得るものにすぎないと主張される、井田良『刑法総論の理論構造』（平17年・2005年）360頁以下参照。また照沼亮介准教授も、機能的行為支配を重視しつつ、みずから物理的に惹起したのではない部分の結果につき帰属させられるための最低限の要件として、事前の意思連絡に基づき、他者行為をつうじて結果発生を促進したといえるだけの心理的因果性が存在していなければならないとされる、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（平17年・2005年）143頁。

(22) 梅宮弘典「共同正犯の構造」『阪大法学』57号（平19年・2007年）47頁以下、とくに64頁以下においては、共同正犯を本来的に正犯として把握し、それを前提に意思連絡の機能が考察され、共同実行の意思として、自分の行為の意味を評価できる程度まで具体化された「行為計画」が存在しなければならないと指摘する。

(23) Vgl. Schilling, a.a.O. (Fn. 3), S. 73-4. とくにシリングは共同正犯を複数の単独正犯の単なる「変種」(Spielart)として理解する。

人的な正犯メルクマールを充足していなければならないという点に帰結する。

②複数の個々人によってではなく、全体によって共同して担われる共同の行為決意というものは単なるフィクションにすぎない。相互的な意思疎通および義務付けをつうじて犯罪の全体行為が生じるのではなく、そのことをつうじて個々の関与者には「不法評価」(Unrechtsbewertung) および「責任評価」(Schuldbewertung) がなされるのみである。それゆえ、個々の関与者の意思の「総数」(Zahl) は必然的に意思実現の総数に一致することになる。個々の意思は、部分的には意思の担い手自身をつうじて、部分的には仲間をつうじて実現されるのであるから、共同正犯は「複数の正犯」である。つまり複数の意思分担は複数の意思実現であるとされることになる。

この①および②のような全体行為を構想することへの批判点には以下のような反論がある。すなわち、25条2項に基づいて帰属を考える立場は、25条2項による共同正犯の規定を25条1項による単独・直接正犯の規定に対する例外規定と見なすことになる。単独・直接正犯規定が要求する「行為者自身による行為遂行」の代わりに25条2項は「共同の行為遂行」ということで十分なのである。それゆえ、構成要件の行為と正犯メルクマールを対比して扱うことは「空虚である」とする⁽²⁴⁾。また全体行為を考えることはフィクションであるとの指摘に対しては、部分的には傾聴に値するにせよ、その指摘自体は、「個々の関与者によって受け入れられた集団的遂行に対する責任によって、他者の関与も相互的に帰属させられる」とする共同正犯の基本原則に従って正当化される。この原理は立法者によって承認されているので、結局、全体行為ということが問題になるとされている⁽²⁵⁾。

さらに全体行為が「実際に」存在していなくても、そのこと自体が全体的解決説を批判する論拠にはならないとの反論もある⁽²⁶⁾。ブーザーは、全体行為を構想するよりも「帰属を思考すること」に議論の全力を傾注しなければならない

(24) Buser, a.a.O. (Fn. 1), S. 36.

(25) Küper, a.a.O. (Fn. 1), S. 54-5.

(26) Buser, a.a.O. (Fn. 1), S. 37.

いとす。すなわち、行為帰属説は「全体行為を思考すること」に由来するものではなく、全体行為の構造が関与者の個別的な行為寄与の帰属を結論付けているものと主張されている。そして、あらゆる事柄が帰属を思考することに左右され、全体行為を思考することもまた、この帰属を思考することに依存しているとされているのである。

繰り返すが、行為帰属説に従えば、「個々の関与者には他の関与者の行為寄与も自身の行為のように帰属させられる」という視点が重要になる。そして、もしこのように理解されるのであれば、この考え方の理論的根拠が問題になる。

この点について、ブーザーは、25条2項の「構成的機能」(konstitutive Funktion)が問題として取り上げられるべきとする。そして、①このような帰属という視点が全共同正犯者による行為寄与の調達を前提にするものなのか否か、②あるいは、活動しないままにとどまる・まだ参加していない関与者にも(部分的にせよ)すでに実現した行為寄与が帰属させられるのか否か、③このことが全体的解決説との関連でどのように説明されるのか、以上のような諸点が問題になると指摘されている⁽²⁷⁾。

3 共同正犯規定の構成的機能について

行為帰属説には、それはフィクションにすぎず、共同正犯者といえども正犯メルクマールを充足していなければならず、その意味において、共同正犯とは複数の正犯であるといった批判が向けられているが、これらはとくに個別的解決説の見地からの批判といえるし、この批判の根拠が個別的解決説の論拠になっているといえる。同説の論者はさらに次のように指摘する。シリングによれば、行為帰属説とは、個々の関与者の「存在論的架け橋」(ontologische Brücke)に依拠するような古い学説において見られた試みであるとされる。すなわち、行為帰属説は、自身の人格の他の主体への拡張、自身の意思の移行、意思的活

(27) Buser, a.a.O. (Fn. 1), S. 37.

動の引き受けといったことを前提とするものであるから、維持することのできない考え方である。さらに、このような見解は、存在論的知見に明確に反しているし、それゆえに単なるフィクションなのであるとの批判が展開されている⁽²⁸⁾。

このような批判に対して、行為帰属説を支持する立場からは、自身の見解の論拠を明確に示すことによって、これに答えるしかない。それだけこの批判は行為帰属説を採用する場合の、超えなければならないハードルといえる。しかし、そもそも共同正犯論においては、自身が全部の構成要件を充足する関与者が集まったという場合を除き、部分的な行為寄与の遂行、つまり、行為前に策定される行為計画、実行段階における共同の行為決意といった主観的なつながりを前提とした部分的な寄与を遂行する関与者を想定することの方が一般的であろう。そうであれば、自身の遂行したものではない他者の寄与をどのようにして帰属させることが可能になるのか、このことの答えは本来的に共同正犯論に内在する重要な問題といえるのである。そして、そのことをふまえて共同正犯の実行の着手時期を検討・考察すれば、一方の答えが、あくまでも自身の手になる行為遂行を重視する立場であるし、もう一方の答えが、各関与者の行為寄与を相互的に帰属させる試みを強調する立場ということになる。

とくに後者の方向で行為帰属説に依拠しつつ共同正犯の帰属根拠を模索する論者は次のようにその見解を展開する。たとえばキューパーによれば、共同正犯規定に全体行為に関係した行為の帰属原理を看取することになるとされる。すなわち、25条2項の規定は、この行為帰属の考え方に合致する形で「構成的機能」を獲得することになる。また、このような「相互的な行為帰属原理」は同条同項により指示されているので、必然的に未遂不法もこれに合致する形で「修正される」ことになる。いずれにせよ、この共同正犯規定は、実質的に共同遂行という前提条件が存在する限りで、各行為寄与の相互的帰属を指示することになるとされている⁽²⁹⁾。

(28) Schilling, a.a.O. (Fn. 3), S. 90ff.

(29) Küper, a.a.O. (Fn. 6), S. 786-7.

さらに、この視点を発展させ以下のように検討を進める見解が注目される。ブーザーは、まず共同正犯規定に上記のような機能を認めることができるか否かの問題を「正犯概念」にかかわらせて考察すべきであると主張する⁽³⁰⁾。すなわち、拡張的正犯概念に従えば正犯を構成する規定は必要でない。つまり、結果に対して原因を設定した者が正犯として評価されるこの見解には、あらためて正犯を構成する規定を必要としないことになる。反対に制限的（限縮的）正犯概念に依拠した場合はどうであろうか。拡張的正犯概念からすると、結果に対する原因を設定した行為者はただちに正犯とされるわけであるから、焦点はむしろ制限的正犯概念を採用した場合ということになる。つまり、自身で構成要件メルクマールを充足する者だけが正犯として評価されるとするのがこの立場であるから、たとえば、いまだ活動していない段階、ないし予備的段階での関与にとどまる者を正犯として処罰するとすれば、25条2項に「構成的機能」を認める必要がある。そしてこの点に、共同正犯の帰属原理を前提にして共同正犯の未遂問題を解決することの重要性があると解されることになる⁽³¹⁾。

そもそも共同正犯規定からどのようなことを読み取るべきなのか。制限的（限縮的）正犯概念を採用する場合、自身の手による直接的な遂行という要請と、他の関与者の存在を予定し、かつ分担的な行為遂行を念頭に置く共同正犯規定とは調和し得るのだろうか。このことへの回答が共同正犯の帰属問題を検討するうえでの「問題分析の視角」ということになると思われる。

従来、制限的（限縮的）正犯概念に依拠した場合、共同正犯規定には「特別な機能」が認められることになるとされてきた。たとえば次のように説かれる、すなわち、共同正犯規定は特別な「責任形式」として共犯を規制する任務を有する。各共同者が禁止された結果の一部だけを、かつ共同者の共同だけで全体的結果を惹起した限りで、各自が正犯として処罰されるとすれば、そのような

(30) Buser, a.a.O. (Fn. 1), S. 39.

(31) Vgl. Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a.a.O. (Fn. 1), Vorbem. §25 Rn. 80. クラマー/ハイネは、共同正犯の場合に重要となるのは、制限的正犯概念を土台としつつ、他の者が遂行したことを他の関与者に帰属させることが許される原理を探求することであり、この点に共同正犯の根本的な問題がある指摘している。

場合には特別な規定が必要になるという⁽³²⁾。

このような見解を先駆として共同正犯規定の「構成的機能」を認める見解はこれを多く見出すことができる⁽³³⁾。つまり、共同正犯の帰属ということは特殊であり、まずは共同正犯の「法的承認」が必要とされ、この意味で共同正犯規定は構成的機能を有することになるとされる。さらにブーザーによれば、単独・直接正犯を規定する 25 条 1 項に関しては、構成要件を行為者自身が充足していなければならないということが重要であるのに対して、そもそも 25 条 2 項が主眼に置く形態は、構成要件の充足が個別的には完全ではない場合である。そうであれば、なおさらこのような構成的機能を重視することによって共同正犯を考察することには意義があるとされている⁽³⁴⁾。

この見解には共同正犯の帰属を考えるうえで重要な視点が含まれていると思われる。というのは、「自身の手による遂行」という点を堅持していくとすれば、部分的な行為遂行しか見て取ることができない共同正犯の場合、個別的には各関与者が正犯メルクマールを完全に充足していない場合の方が多い。そうであれば、なお一層この共同正犯が想定する事態ということをふまえて、全体的結果を各関与者に帰属させ得る根拠とは何なのか、このことの答えをまずは「形式的」に考える必要があるからである。規定に構成的機能を認める立場は、その根拠をとりあえず共同正犯規定の存在に求めるものである。つまり規定がそのような帰属を許しているということを承認するわけである。

たしかに、このような帰結は、とくに拡張的正犯概念に依拠せず、制限的正犯概念を採用する限り必然的に導かれるようにも思われる。なぜなら、このような帰属を特別に認めない限り、他者の手によって惹起された結果の帰属ということはあり得ないからである。しかし、このような見解に直裁に依拠してよ

(32) Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen Reichsgerichts, 1890, S. 105.

(33) 代表的な見解として, vgl. Blei, Strafrecht I. AT, 18. Aufl., 1983, S. 278; Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a.a.O. (Fn. 1), §25 Rn. 61; Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O. (Fn. 1), S. 310 などを指摘しておきたい。

(34) Buser, a.a.O. (Fn. 1), S. 39-40.

いのだろうか。

上記の見解にも有力な批判が存在する。たとえば、ロクシンは、行為支配説を前提としつつ、「立法者の全能の意思」に切り替えることによって、どのようにしてある一定の分担部分に制限された行為支配が全体行為に対する刑法上の責任を喚起し得るのか、この問題を克服することはできないと批判する⁽³⁵⁾。つまり、この批判では、一方において、他者が自身の責任で行為したことに對して正犯として処罰されるとする見解を、非常に特殊な、すなわち「責任主義」とはほとんど合致しない見解であると見なすことになる。他方、ロクシンは、正犯者というものは全体事象に対する支配を有していなければならないとする「行為支配原理」とも合致しないと考えている。それゆえ、法律が他の共同者が行ったことを個々人に負わせようとしているのだとする観念は拒絶されなければならない、いいかえると、共同正犯者は自身の行為を理由とする代わりに、他者の行動ないし態度を理由に処罰されてはならないと考えられているのである⁽³⁶⁾。

このように共同正犯規定からどのようなことを読み取るべきかという問題には、結論を導くにあたって容易ではない見解の対立が示されているので⁽³⁷⁾、さらに規定される内容を検討しておこう。ブーザーは次のように指摘している、すなわち、25条2項の「純粹な文言内容」は、諸寄与の相互的帰属を法律的に指示しているということを明確な結論として導くものではない。それゆえ、同条同項に存在するコンテキストからどのような法的意味が明らかにされるのか、このことに答えるのは得るところが多いという⁽³⁸⁾。それではブーザーに従って検討を進めよう。

まず25条2項は、①関与形式を規定する他の条項との関連で、その規定とそれらの規範との間で論理的な矛盾が存在しないこと、②25条2項に独自の

(35) Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8. Aufl., 2006, S. 277.

(36) Roxin, aa.O. (Fn. 33), S. 290.

(37) たとえば、シリングは、行為帰属ということが法律上指示されていると考えることは間違いであると端的に指摘する, Schilling, aa.O. (Fn. 3), S. 75.

(38) Buser, aa.O. (Fn. 1), S. 41.

意味を与えること、このような視点にそって解釈されなければならないとする。これらの点を前提としてさらに次のようなことが指摘されている。すなわち、25条1項前段は犯罪行為を自身で遂行した者は正犯として処罰される旨の基本原則を示している。この原則からは、25条1項後段、2項、26条および27条1項は4つの例外ということになるだろう。つまり、他人をつうじて犯罪行為をした者も可罰的であり、共同して犯罪行為を遂行した者、故意に他人を故意的に遂行される違法行為に決定付けた者、および故意に他人によって故意的に遂行される違法行為を援助した者なども可罰的である。これらすべての形態は基本原則に対しては例外ということになるのである⁽³⁹⁾。そして、共同正犯という事態に関しては、以下の3つの場合を想定することができるとされている。

第1事例 2人の共同者が全構成要件メルクマールをそれぞれ充足した場合。

第2事例 1人の共同者は全構成要件メルクマールを充足したが、他の共同者は充足できなかった場合。

第3事例 2人の共同者がそれぞれに別々の構成要件メルクマールを充足したが、その構成要件メルクマールを足して初めて完全な犯罪実現を帰結するような場合。

この3つの事例にブーザーはコメント付している。すなわち、第1事例は25条1項によって実は把握できる場合である。というのは、それぞれの共同者が自身で犯罪行為をすべて実現しているからである。第2事例はすべての構成要件メルクマールを実現した者については25条1項でこれを把握することができる。2つの異なった規範は同じ事態を規制しないとの原則に従うと（それぞれの規範が矛盾しないという意味での前述①の視点）、25条2項は第1事例と第2事例での全構成要件メルクマールを実現した共同者の処罰を規制して

(39) Buser, a.a.O. (Fn. 1), S. 41.

いないということが確認されるべきである。と同時に、それぞれの規範は独自の意義を有するとの原則に従うならば（前述②の視点）、第2事例における構成要件メルクマールを実現していない共同者の処罰、および第3事例に関しては25条2項によって規制されることが確認されるべきであるとする⁽⁴⁰⁾。また、以上のことから以下のことが明確になるという、すなわち、「共同者が自身で構成要件メルクマールを実現している」ということは共同者の処罰にとって必要ではない。なぜなら、そのような場合は25条1項によって把握される処罰にかかわるからである⁽⁴¹⁾。

以上のようなコメントにおいて確認されるべきことは、前述の2つの視点をとおして、他の条項に規定される正犯形態（および関与形態）とは異なる意義を有する25条2項の意義ないし機能が明らかになったということである。25条1項の規制する正犯とは異なる正犯のあり方、むしろ正犯という点では異ならないにせよ、規制されるべき正犯の内容が、共同正犯の場合、異なることを明示しているともいえるのである。25条1項によって把握し得る事態では、25条1項の規定する正犯を想定すべきであり、その要件に欠ける事態においては、同条2項の規定する共同正犯を考えるべきなのである。その意味において、ブーザーの指摘する次の見解がきわめて示唆的である、すなわち、25条1項に従った場合に基本的に必要とされる「直接的な構成要件実現」に欠けている場合には、25条2項という「例外規定」によって補完されるのである。したがって、構成要件メルクマールを充足していない第2事例の共同者を処罰するためには、他者によって実現された行為寄与の「一方的・片面的帰属」を必要とする。第3事例における2人の共同者を処罰するためには、それぞれの

(40) Buser, a.a.O. (Fn. 1), S. 41-2.

(41) Buser, a.a.O. (Fn. 1), S. 42. 同様のことを明確に指摘するのはクラマー/ハイネである。すなわち、各関与者が全体的な客観事象を支配し、かつ全体的な行為支配を行使することによって構成要件の全てのメルクマールを充足していた場合、各関与者は直接的な（共同）正犯者であり、またそうであるとすると相互的帰属の問題も生じないので、共同正犯に関する特別な規定は必要ではないことになるという、Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a.a.O. (Fn. 1), Vorbem. §§25 Rn. 80.

行為寄与の「相互的帰属」が必要である。この2つの事例において、25条2項は「独自の意義」を有しているのであるとする⁽⁴²⁾。

このような指摘によって明らかにされることは、共同正犯規定が独自の意義を有しているという点であり、その独自性が共同正犯としての帰属原理の特异性という点において発揮されるのである。共同正犯はたしかに正犯の一類型であるが、25条1項において規制される正犯形態ではなく、あくまでも25条2項において規制される正犯ということになる。つまり、ブーザーが総括的な意味で述べているように、体系的な視点においても、また目的論的な視点のもとでも、25条2項の意義は行為寄与を「構成的に帰属」させる点にある⁽⁴³⁾。もしそのように理解しなければ、この規定にはどのような意義があるのだろうか。前述の事例を検討するまでもなく、いくつかの事例では、たとえ複数人の関与が存在したとしても25条1項において規制されるべき事態は、共同正犯ではない。反対に、25条2項における構成的帰属原理を適用しなければ関与者への結果帰属を明確にできない事態があり得る限り、それぞれの規範が規制する事態は異なっているといわざるを得ないわけである。その意味において、ブーザーの指摘は的確であると思われるのである。

このような理解からすれば、共同正犯規定の構成的機能を批判する見解は、それを貫徹させることができないと考えられる。共同正犯規定にはあくまでも他の正犯あるいは関与形態とは異なった正犯形式が規定されているのであり、その帰属原理は共同正犯規定の存在により正当化されることが、ここであらためて確認されるべきである。

4 結 論

(1) 共同正犯の実行の着手時期

実行の着手時期に関してドイツ刑法22条の規定は、基本的に自身が行為を

(42) Buser, a.a.O. (Fn. 1), S. 42.

(43) Buser, a.a.O. (Fn. 1), S. 42.

実行する単独の行為者に主眼を置いている。しかし共同正犯についても実行の着手時期が問題になる場合もあるわけだから、その場合、22条の規定は共同正犯による行為遂行の場合の帰属原理と整合性を持たなければならないはずである⁽⁴⁴⁾。

22条の文言がそもそものような内容そして意義を持つのかとの観点からアプローチした場合、個別的解決説からは、単独正犯と同様に共同正犯においても「構成要件の実現には自身の着手が必要」であるとされるが⁽⁴⁵⁾、この点については次のような批判がなされている、すなわち、22条は直接的に行為する単独正犯に限定されているのであって、共同正犯の場合には、25条2項によって概観していかなければならない。たとえば、各関与者が自身で本来の殺人の実行行為を遂行しなければならないということを、212条から看取することはできない。相互的な行為帰属が主眼に置かれる25条2項は212条を修正しているので、25条2項は実行の着手時期に関して、「個々の行為者の着手」を必要としていないとされている⁽⁴⁶⁾。

さらに、個別的解決説によれば、共同正犯の未遂の可罰性は「行為決意の表明」(Manifestation des Tatentschlusses)を前提にしているが、その犯罪意思の活動とは、各関与者・各共同者が一身にのみ行うことであるという見解を導くことになると解される。しかし、もしこのような見解に依拠するとすれば、実行の着手時期を確定することに共同正犯の帰属が影響を与えているということが誤解されているとの指摘がある⁽⁴⁷⁾。すなわち、「主観的なものと客観的なもの」が混じりあった22条の形式に基づけば⁽⁴⁸⁾、行為決意の表明をつうじて未遂不法が特徴付けられることに間違いはない。しかし、共同正犯の場合、各関与者の未遂不法は「最初の共同者」の着手による「集団的な意思の客観化」

(44) Vgl. Krack, a.a.O. (Fn. 1), S. 611.

(45) 代表的な見解として、vgl. Roxin, a.a.O. (Fn. 3), S. 493.

(46) Krack, a.a.O. (Fn. 1), S. 619.

(47) Krack, a.a.O. (Fn. 1), S. 619.

(48) 条文は次のとおり、「所為についてみずからの表象に従って構成要件の実現を直接に開始した者は、犯罪行為の未遂を行った者である」。

のなかに存在する。共同行為の実行開始は、集団的な意思活動として、未遂不法を形成する者の「活動・行為無価値」の支柱であるとされているのである⁽⁴⁹⁾。

(2) 共同正犯の帰属原理

わが国において、(相互的)行為帰属説を強く主張されるのは高橋則夫教授である。すなわち「他人の行為・結果に対して自己の行為が「共同正犯」として帰属される根拠は、自己の行為と犯罪結果全体との間に因果関係があるという点(だけ)ではなく、他人の行為が自己の行為として相互的に帰属される点にある」とされ、とくに刑法 60 条は相互的な行為帰属を肯定するための文理上の根拠として「構成的意義」を有することを明解に指摘される⁽⁵⁰⁾。本稿においても、共同正犯の帰属原理に関しては行為帰属説を妥当と考え、共同正犯規定は正犯としての処罰を肯定する構成的機能を有すると考えたわけであった。したがって、もし共同正犯の帰属原理が基本的に相互的な行為帰属という視点から理解されるならば、当然に未遂処罰の基本的な構想も単独正犯の場合とは異なって把握されるべきである。

たしかに、共同正犯の場合、その未遂処罰は「行為決意の表明」という形で把握されるべきであり、それゆえ、ドイツ刑法 22 条の基本的な理解からは、行為の主観的な部分と客観的な部分とにおいて、このことが確認されなければならないのであろう。しかし、なんといっても、共同正犯における各関与者の未遂不法を基礎付けるうえで重要なのは、やはり最初の行為者の着手に見取ることができる「各関与者の集団的な意思の客観化」という視点である。もちろん、このように「集団」という視点を持ち出す場合には、正犯の一類型として考えられている共同正犯を「共犯」(狭義の共犯ないし従属的な共犯という意味での関与形態)として捉えることになるのではないか、このような批判も当然に予想される。たとえば、鈴木彰雄教授は、共同正犯論において集団主義

(49) Krack, a.a.O. (Fn.1), S. 619-620.

(50) 高橋則夫「共同正犯の帰属原理」『西原春夫先生古稀祝賀論文集』第2巻(平10年・1998年)341-2頁。さらに高橋・前掲注(5)325頁も参照。

的色彩を強く打ち出し「共同正犯の共犯性」が重視されていると理解される「共同意思主体説」に依拠しつつ、共同者の一体性を強調され、全体的解決説を主張される⁽⁵¹⁾。しかし、「共同」の「正犯」である以上、各関与者が共同することの意義をふまえて共同正犯の「実体」に迫る必要がある。共同正犯の場合、複数人が関与し、実行行為を分担することによって犯罪結果の実現が容易になる、このことを前提として考察を加える必要があると解されるのである。

1人の行為者が犯罪の全過程をみずから遂行する単独正犯の場合と異なり、共同正犯は基本的には犯罪の全過程を複数の行為者が分担し合うことによってその犯罪を完成に導く。その共同正犯としての行為遂行に関して、個別的にこれを見ていくのであれば、たしかに分担的な行為遂行である以上、あくまでも一部分としての行為であるから、些細な、あるいは瑣末な行為としてしか評価できない場合もあるかもしれない。しかし部分を部分として取り出して評価することには、いいかえると、全体を見ないで部分的な遂行という形でこれを評価の俎上に載せるとすれば、共同正犯の実体を見誤る危険がある。つまり部分を部分として取り出しても、こと共同正犯に関してはさしたる意味はないのである。この点を強く指摘するのが川端博教授の見解である。すなわち、「人的結合によって強められた個々人の行為は、それ自体を取り出して形式的に見て格別の意味をもたなくても、それぞれの分業・分担を1つの「合同力」として統一的な観点から見たばあいには、重要な意味をもつに至る」とされ、個々人の行為は「全体との関連において実質的に評価されるべき」と明解に指摘されている⁽⁵²⁾。むろん各関与者の遂行する行為は、(関与者が正犯である限り)「違法の個別性」という観点からは、違法段階において共同遂行と評価される必要はない。それゆえ、構成要件レベルでの共同ということが共同正犯の実体

(51) 鈴木・前掲注(5) 238-9頁。

(52) 川端博『刑法総論講義』〔第2版〕(平18年・2005年) 535頁。川端教授の指摘された「合同力」という視点は、行為帰属説を検討するうえでも問題分析の重要な視角を提供すると考えられる。さらに、川端博=西田典之=日高義博「鼎談〈共同正犯論の課題と展望〉」『現代刑事法』28号(平13年・2001年) 25頁以下、27-8頁を参照。

に合わせて注意深く検討される必要がある⁽⁵³⁾。そして、この意味で共同正犯の「集団性」ということも理解される必要があると考えられるのである。

また、共同正犯があくまでも正犯の一類型としての地位を堅持するとすれば、狭義の共犯形態の場合に議論される「従属性原理」は、共同正犯においては問題にならないはずである⁽⁵⁴⁾。たしかに、実体として各関与者は自身の行為によっては完全に正犯メルクマールを充足できるわけではない。これは通常の正犯メルクマールがまず単独正犯を念頭に置いて構成されているからであるが、しかし、共同正犯は各関与者の欠けている寄与部分を「分業形態」において補完し合っているのである。つまり、相互的に相手の行為を利用することによって、いいかえると、自己の行為と他人の行為とが相俟って犯罪行為を全体的に遂行しているといえるからこそ、その正犯性が認められることになるのである。したがって、ある関与者にとって、他の関与者の行為部分は無関係なものではなく、自己の行為部分としても評価できるところに共同正犯における「相互性」

(53) なおこの点に関しては、さらに、橋本正博「共同正犯における共同と事実的寄与」『一橋大学研究年報・法学研究』32号（平11年・1999年）167頁以下、とくに179、186、214頁を参照。

(54) 齊藤誠二「共同正犯の性格をめぐる管見——いわゆる機能的な行為支配説からのアプローチ——」前掲注(19)『神山敏雄先生古稀祝賀論文集』361頁以下、とくに367頁以下参照。同『特別講義刑法』(平3年・1991年)169頁以下、同「共犯の処罰の根拠についての管見」『下村康正先生古稀祝賀・刑事法学の新動向』上巻(平7年・1995年)1頁以下、とくに9頁。さらに齊藤博士は、共同正犯に独自のプリンシプルが働く（機能的行為支配に力点が置かれる）ことから、共同正犯の因果性に関しても、共同正犯を基礎付ける行為と法益侵害結果との間に因果関係が必要であると明確に指摘される、前掲「共同正犯の性格をめぐる管見」372頁参照。この指摘は、共同正犯を狭義の共犯と同様に議論し、いわゆる共犯の処罰根拠論を共同正犯にも及ぼそうと志向する立場に対する明解な批判になっていると考えられるのである。さらに齊藤「承継的共同正犯について」『筑波法政』8号（昭60年・1985年）31頁以下も参照。これに対して、村上光鷄判事は、共同正犯者相互の存在、共謀共同正犯における共謀者と実行者の存在を考えれば、相互間の関係、すなわち従属性が問題となり、共犯の処罰根拠論は、むしろ共同正犯を中心に議論されるべきと指摘される、大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀編『大コンメンタール刑法』〔第2版〕第5巻（平14年・2002年）110頁。このような指摘は、共犯の処罰根拠論の射程を検討するうえで、一方の、徹底された見解といえるのである。

の意義があるといえる⁽⁵⁵⁾。

ただし、従属性が違法評価にかかわるかという意味では、共同正犯の場合、その従属性を問題にすべきではないが、相互性、あるいはそれを基礎付ける分野性、および各関与者の行為の顕現としての共働は、法的評価として構成要件に投影されるべき事情と考えられるので、「共同」の正犯としては、構成要件レベルでの共同が要求されることになる。つまり、実体としての共働現象を把握したうえで、そこで示された共同正犯を基礎付ける事態が、法的評価としては構成要件において考慮されることになるのである⁽⁵⁶⁾。

このような形で共同正犯における「正犯の共同」という事態ないし現象を検討していくとすれば、論者によって指摘されたように、未遂処罰の前提とされる「行為決意の表明」ということも別の角度から捉える必要がある。単独正犯の場合であれば、行為者自身がその活動をつうじて行為の未遂不法を体现していけばよいのであるが、共同正犯の場合には、やはり異なった事態を想定することになるのではないか。したがって、複数の関与者が実行行為を遂行する共同正犯の場合に、最初の関与者による実行の着手をどのように評価すべきかという問題を考えるうえで重要となるのは、「共同された正犯行為の遂行」という観点であると思われる。つまり、最初に実行行為に着手した関与者の行為には、その者自身の行為による実行の着手という部分と、共同された全体行為の開始という側面を見て取ることができるのである。

以上のように、共同正犯の帰属原理をどのように理解すべきか、このことに回

(55) 齊藤博士は、共同正犯者は相互に頼り合っているのであり、相互に依存し合っていると指摘される、齊藤・前掲注(52)「共同正犯の性格をめぐる管見」368頁。また高橋教授は、共同正犯において一種の従属性ともいえるべき相互的依存性を認めることになるとされる、高橋・前掲注(48)342頁。

(56) 井田教授は、共同正犯の成否は、因果性の相互的補充・拡張および正犯としての結果帰属が肯定されるかどうかの問題であるとされ、それは体系的には不法構成要件の問題であり、構成要件を共通にする行為を共同にする限り、一部実行の全部責任の原則が適用されるような関係が認められ、共同正犯が成立するとし、共同正犯の成立要件として各人の行為が「等しく」違法性まで具備する必要はない。この意味で共同正犯は「従属的共犯」である教唆犯と幫助犯とは異なり、本質的に正犯であると指摘される、井田・前掲注(19)353-4頁。

答を与えるとしたら、まず共同正犯においては、(繰り返すが)個々の関与行為を個別的に取り出して検討・評価することに意味はないのであり、あくまでも全体行為のなかで個々の関与行為はその機能ないし役割を果たすべきものと考えられるので、その意味において全体行為と部分行為との連関性を基礎として構想される「(相互的) 行為帰属」説的な思考でもって共同正犯における帰属は説明されるべきである。しかし、ロクシンの見解において確認されたように、他者が自身の責任において行為したことに對して正犯として処罰されるという見解は「責任主義とはほとんど合致し得ない」とする批判は、行為帰属説を貫徹するうえではきわめて重要な意見表明といえる。しかしこれにも何らかの回答を用意できると思われる。この点について、塩見淳教授は、「たしかに、ある関与者が行った行為を異なる主体である他の関与者が行ったことにすることはできない。しかし、ある関与者が惹起した客觀的事態であれば、これを他の関与者に帰属させることは可能ではないか」とされ、客觀的事態が共同正犯の間で相互に帰属させられると考えることは、不当とまではいえないと指摘される。まさにこのように理解すれば、責任主義に反するとの批判を十二分に回避できると思う。さらに教授は、上記の意味での帰属は、「因果関係における結果の行為への帰属とは異なり、一定の社会的事態を共同正犯たる人に帰属させるという特殊のものである」から、行為帰属説の説明するように、共同正犯規定の構成的機能を援用する必要があると鋭く指摘される。このような塩見教授の見解は、行為帰属説(行為帰属の理論)をより一層深化させる重要な指摘であると理解できるのである⁽⁵⁷⁾。

(57) 塩見・前掲注(5)152-3頁。塩見教授は、全体的解決説を妥当とされつつ、その内容はさらに詰めなければならないとされ、①着手の有無を判断するに際しては、共同正犯といえども、まずはその一人一人において未遂開始の要件を充たすかどうかを検討されなければならない、つまり全体的解決説とは、そのような検討を経て誰かに着手が肯定される場合に他の共同正犯者にも未遂犯の成立を肯定する見解であると指摘される。②共同正犯であれば単独犯の場合よりも着手が早期化して良い理由は見当たらないし、疑問であるとされ、共同正犯であることから、その1人における未遂開始の要件充足を検討する際、「判断資料たる犯罪計画」のなかに、事前に行った分業の取り決めなどが取り込まれることになるとしても、適用される判断基準は単独犯の場合と異ならないと指摘される。全体的解決説の今後の動向は、まさにこの①および②の指摘を問題分析の視角として検討されることになるだろう。

以上のように、①共同正犯の実行の着手時期をめぐる態度決定については「全体的解決説」が妥当であり、②共同正犯の帰属原理として「(相互的) 行為帰属説」を妥当と考え、③(本稿ではドイツ刑法 25 条 2 項を念頭に置いたのであるが、当然わが国の刑法においても) 共同正犯規定が各関与者を正犯として処罰するための構成的機能を有していることを直裁に承認する。この 3 点に帰結し得たこと、これが本稿における結論ということになる。